

multi doctores, virtute continetur in eo quod dicitur, esse jus moribus institutum; nam per hoc distinguitur a lege, utique scripta, et in cap. 3 amplius particulam illam explicabo.

8. Atque hinc facile expeditur secunda obiectio: nam sumpta consuetudine prout est quid juris, recte dicitur esse jus moribus institutum, quia mores ad factum spectant, non ad jus, et ita non ponitur ullo modo definitum in definitione, quia jus consuetudinis per frequentiam actuum moralium introducit, quæ frequentia dicitur mos. Et ita etiam in re nullum committeretur vitium, si jus consuetudinis per factum ejusdem consuetudinis definiretur, utendo terminis in diversa significatione. Quod autem Isidorus ait, *morem esse consuetudinem tantum de moribus tractam*, optimum habet sensum, et sine ullo vitio, advertendo mores interdum dici quasi divisive seu distributive de singulis actibus moralibus; morem autem, ut significat consuetudinem, quasi collective significare collectionem illam, seu frequentiam actuum: sic ergo dicitur mos trahi ex moribus, id est, ex actibus liberis et moralibus. Vel etiam considerari potest non quemcumque morem, sed communem et publicum alicujus communitatis esse sufficientem ad inducendum jus consuetudinis, de quo tractamus, id est, quod obligationem legis possit inducere: nam privatus mos unius personæ vel familiæ non inducit jus legis, ut infra dicemus. Dicitur ergo hæc consuetudo, quæ ad inducendum jus sufficit, debere trahi ex moribus, id est, debere esse morem ita communem, ut ex moribus totius communitatis, et omnium, vel plurium partium ejus consurgat. Addit denique Isidorus particulam exclusivam *tantum*, ad denotandum illum morem ad consuetudinem juris constitutivam (ut sic dicam) sufficere, qui solo usu et moribus introductus sit, absque lege et jure scripto quod illum induxerit: nam mos ille cum sit ex jure, ut sic non inducit jus, licet firmare possit illud, ut infra dicemus.

9. Ad tertiam difficultatem jam dictum est, licet jus consuetudinis sit effectus consuetudinis facti, nihilominus hic non definiri consuetudinem facti, sed juris, et ideo cum additur, *quod pro lege suscipitur*, non poni effectum consuetudinis definitæ, sed substantiam ejus declarari. Dicitur autem pro lege suscipi, non quia non sit vera lex, sed quia Isidorus nomen legis accommodat ad legem scriptam, et ideo dicit jus consuetudinis loco illius suscipi, ubi illa deest. Advertit autem Bart. in dicta repet., n. 6, per hanc particulam distingui consuetu-

dinem a jure quod descendit ex usu singularis personæ, quod non suscipitur pro lege, nec est jus disponens, sed potius dispositum per legem. Ad quod intelligendum, adverte (quod in principio hujus tractatus notavi) jus dupliciter dici; uno modo, de illo quod consistit in facultate utendi, quod est dominium, vel quasi dominium: nam potest includere jus in re, et ad rem, et generaliter dici potest jus domini, vel quasi domini, et ita in rigore spectat ad factum: alio modo dicitur jus de illo, quod vim habet obligandi et imperandi, et dici potest jus legis, seu legale. Privatus ergo usus unius personæ potest conferre jus in re, vel dominium rei, aut jus servitutis, et similia, ut in præscriptione contingit: illud tamen jus non habet vim legis, et ideo recte dicitur non esse jus disponens, quia non præcipit nec ordinat, sed potius esse jus dispositum, quia acquiritur secundum juris dispositionem. Consuetudo autem, de qua modo loquimur, non hoc jus, sed legale est, et ideo dicitur esse jus quod pro lege suscipitur, et ad illud requiri consuetudinem, quæ moribus utentium, id est, communitatis alicujus inducatur.

10. *Differentia inter consuetudinem et præscriptionem notanda.* — Unde obiter declarata est differentia inter consuetudinem, de qua loquimur, et præscriptionem: sæpe enim illæ duæ voces consuetudinis et præscriptionis reciprocæ, et quasi pro eadem accipi solent, propter aliquas convenientias quas habent. Nihilominus tamen, secundum proprias rationes sumptæ, multum differunt, ut Bart., d. quæst. 1, in fine, docet, et alii antiquiores quos refert, et alii posteriores, ut Panorm. et Roch. Curt. in cap. ult. de Const., cum Glossa ibi, verb. *Legitime*, et Haim. Cravet., de Antiquit. tempor., 4 p., in princ.; Bald. de Præscript., 1 part., quæst. 10; Roch. Curt., in cap. ult. de Consuet., sect. 5, n. 3; et Covar. in regula *Possessor*, 2 p., § 3, n. 2; Matienz., l. 5 Recopil., t. 7, l. 1, Gloss. 6, n. 3; et Molin., lib. 1, de Primogen., cap. 6, n. 10, qui plures differentias assignant, quibus omissis radix diversitatis ex dictis clarius colligitur. Quia tam in præscriptione quam in lege non scripta intervenit aliquid facti et juris, quod per factum introducit: unde et præscriptio consuetudinem aliquam requirit, et lex non scripta interdum requirit consuetudinem aliquo modo præscriptam, seu certam et legitimam.

11. *Prima differentia.* — Differunt autem imprimis, ac præcipue in ipso jure, quia præ-

scriptio strictè sumpta non introducit jus legale, seu disponens tanquam lex, sed confert jus domini, aut aliud simile jus utendi vel fruendi, aut re corporali, ut domo, veste, aut incorporali, ut jurisdictione, suffragio. Et hinc etiam differunt in consuetudine facti, per quam unum vel aliud jus introducit; nam alias condiciones requirit consuetudo præscriptionis quam legis. Nam ad jus legis necessaria est consuetudo populi; ad præscriptionem sufficit usus privatæ personæ, nisi res præscribenda communitati sit acquirenda. Aliqui vero ex juristis civitatis consuetudinem vocant, quoties communitas est quæ præscribit, vel contra communitatem præscribitur; sed non recte, quia jus acquisitum non est lex, sed dominium, vel aliud jus utendi: nam tunc communitas se habet tanquam unus privatus possessor ac dominus; et differentia, quod persona præscribens, vel contra quam præscribitur, sit vera vel ficta, valde materialis est. Non oportet autem de nominibus contendere.

12. *Secunda differentia.* — Alia differentia est, quia ad consuetudinem propriam et legalem, de qua loquimur, necessarius est consensus populi vel principis contra quem quodammodo inducitur; in præscriptione autem non est necessarius consensus ejus contra quem præscribitur, ut notavi in tract. 2 de Relig., l. 1, cap. 5; et hinc est ut ad consuetudinem non requiratur titulus, quia consensus sufficit, ad præscriptionem autem requiritur. Ita Glossa, Abb. et alii d. c. ult. Intelligitur autem negative, seu indefinite, quia ad præscriptionem sæpe requiritur titulus, non tamen semper; ad consuetudinem vero nunquam. Unde etiam in præscriptione requiritur bona fides, in consuetudine autem non semper, saltem in principio. Denique, licet in utraque aliquis temporis cursus requiratur, non tamen idem; sed in præscriptione postulat juxta legis dispositionem; in consuetudine autem, vel non est eadem juris dispositio, vel per se necessaria non est, sed illud sufficit, quod ad judicandum consensum principis vel populi sufficiens sit, ut postea exponemus. Aliæ differentie assignantur a dictis auctoribus, quæ vel revera non subsistunt, vel eas examinare nobis non est necessarium.

## CAPUT II.

AN CONSUETUDO SEMPER INDUCAT JUS NON SCRIPTUM, ET DEFINITIO DATA INTEGRÀ SIT.

1. Ratio dubitandi est, quia Isidorus, in de-

initione data, solum addit particulam illam, *cum deficit lex*, vel ad explicandum consuetudinem debere esse jus non scriptum, vel etiam ad indicandum non debere supponere legem scriptam. Utrumque vero videtur habere dubium. Primum, quia sæpe contingit leges consuetudinis esse scriptas, quales censentur esse leges feudorum, et in nostra Hispania leges fori; ergo esse non scriptum non est de ratione consuetudinarii juris. De secundo etiam dubitari potest, quia sæpe consuetudo derogat legi præexistenti, ut infra dicitur; ergo falsum est quod consuetudo non supponat legem. Unde potest addi tertium dubium circa priorem particulam, *quod pro lege suscipitur*, quia sæpe consuetudo non suscipitur pro lege, sed potius tollit legem: unde non obligat ad aliquid agendum, sed ad summum permittit. Quarta item difficultas addi potest, quia in tota illa definitione non explicatur id quod maxime est substantiale et essentielle consuetudini, scilicet, ut sit communi populi consensu recepta.

2. *Germana interpretatio illius particulæ, cum deficit lex.* — Respondeo imprimis, proprium sensum illius particulæ, *cum deficit lex*, et rationem ejus esse, jus consuetudinis solere introduci in defectum legis: nam ubi jus scriptum supponitur, non est necessaria consuetudo quæ jus introducat, quia lex sufficit. Imo nec videtur moraliter possibilis talis consuetudo, quia de ratione consuetudinis est ut ex tacito et non expresso consensu introducatur, l. *De quibus*, ff. de Legib., ubi hoc notat Bart. in Repetition., num. 7, et idem sumitur clare ex § *Non scripto*, Institut. de Jur. natur., etc. Unde si consuetudo orta est ex vi legis, eo ipso non potest habere vim introducendi legem, quia non eo animo inchoatur, vel continuatur, ut homines per illam obligentur, sed potius ut obediant legi præexistenti. Nec refert quod, interdum, dicitur consuetudo induci post legem: nam hoc intelligitur vel solum de consuetudine facti, quæ legem tantum confirmat, vel de consuetudine limitante aut interpretante legem, quæ quoad hoc potest novum jus inducere, ut infra dicitur, tamen quoad id non supponit legem, sed aliquid illi adjungit. Sic ergo verissime dicitur, consuetudinem esse jus non scriptum, et ita habetur in l. *Imo*, ff. de Legib., et in l. *Jus civile*, ff. de Just. et jur., et in § *Constat*, § *Non scripto*, Institut. de Jur. natur.; et ratio est, quia nec per se scripturam requirit, nec etiam manat ex jure scripto, imo nec ex proprio et expresso præcepto superioris, sed usu ipso introducitur,

usus enim non scripturis, aut verbis, sed in factis consistit. Et hoc docent theologi de aliquibus legibus ecclesiasticis, quæ traditione habentur, de quibus in duobus sequentibus capitibus aliquid dicemus.

3. Disputant autem jurisperiti an scriptura ita repugnet consuetudini, ut, si in scripta redigatur, eo ipso desinat esse consuetudo seu jus consuetudinarium, et incipiat esse lex alterius rationis. Aliqui enim id affirmarunt, ut Bart. supra refert, et indicat Gratian., § *Cum itaque*, post c. 5, d. 1, ubi dicit consuetudinem in scripta redactam constitutionem esse, non scriptam autem consuetudinem appellari, et sequitur Rochus Curt., tract. de Consuetud., in Præf., n. 5 et 6, cum Bald., in dicta l. *De quibus*, et Jas., in l. 2, ff. de Vulg. et pupill., dicente consuetudinem redactam in scripta per eum qui non habet potestatem condendi leges, manere nihilominus in vi consuetudinis, quod est clarum, quia illa scriptura non est lex, sed potius deservire ad memoriam, vel probationem, sicut nos probamus traditiones non scriptas, ex Patribus; at vero, si consuetudo redigatur in scriptum ab habente auctoritatem condendi legem, eo ipso desinere esse consuetudinem, quia jam non est jus non scriptum, nec ex consensu tacito, sed expresso. Addi etiam potest quod, licet consuetudo scribatur per modum legis ab habente auctoritatem condendi leges, si tamen per scripturam non intendat novam vim addere consuetudini, nec authentice declarare vel affirmare illam esse consuetudinem sufficientem, semper illa maneat in vi consuetudinis, quomodo multi censent de legibus fori: si vero per veram legem scriptam ab habente auctoritatem, et per verba obligantia, consuetudo stabiliatur, jam tunc non esse consuetudinem, sed scriptam legem.

4. Mihi autem videtur, etiam in hoc ultimo casu, perseverare consuetudinem in sua vi et in propria ratione consuetudinis, nisi per legem denuo scriptam auferatur. Et ita sentit Bart. in dicta l. *De quibus*, q. 1, n. 7, et loquuntur frequentius juristæ ibi, et in dicta l. 2 de Vulg. et pupil.; et Anton. extra de consuetud. in Rubr., et alii quos refert Rochus supra. Et potest probari ex c. 2 de Præbend., in 6, ibi: *Hujusmodi consuetudinem auctoritate apostolica approbantes, ac nihilominus volentes eam inviolabiliter observari*. Illa ergo lex scripta non destruit consuetudinem quam servari præcipit, sed illi addit novum robur, et, ut Glossa ibi inquit, de speciali consuetudine

fit jus commune. Ratio est, quia non repugnat illa duo vincula simul permanere, scilicet, consuetudinis et legis scriptæ, sicut possunt esse simul duæ leges scriptæ de eadem re, simulque obligare. Et ita ipsamet jura scripta sæpe allegant consuetudinem et jus scriptum, tanquam simul corroborantia rei honestatem vel obligationem, ut constat ex c. *Videtur*, Qui matr. accus. pos., ibi: *tam antiqua consuetudine quam legibus approbatur*. Neque est inutilis perseverantia consuetudinis et obligationis ejus, non obstante lege scripta, quia, si consuetudo sit specialis, et lex superveniens scripta sit jus commune, ut in c. *Cum inhibito*, de Clandest. despons., et contingat per privilegium derogari talem legem, nihilominus ubi antiquior viguit consuetudo, non censetur per illud privilegium derogata, nisi expresse etiam consuetudini derogat. Et ideo non est quæstio de solo modo loquendi, sed de re, quia ad morales effectus multum referre potest quod consuetudo, quæ incipit sine lege, currat cum lege, et suam vim retineat, secundum quam semper erit non scriptum jus: nam sola comitantia legis scriptæ non tollit quin aliud jus in sua vi et formalitate sit non scriptum. Oportet autem ut ante legem scriptam consuetudo sit consummata, et sufficienter introducta; nam si tantum sit inchoata, et per legem scriptam quasi anticipetur et introducatur obligatio, manebit purum jus scriptum, ut constat.

5. *Quomodo consuetudo legem supponere debet.*—Ad secundam objectionem de consuetudine legi contraria, quæ legem supponere videtur, respondetur facile non esse contra rationem consuetudinis, ut supponat quæcumque legem, sed solum ut supponat legem scriptam statuentem illud ipsum, quod consuetudine introducendum est: illam vero consuetudinem, quæ derogat legi, non supponere legem circa idem, sed potius circa oppositum: nam potius consuetudo facit ut hoc liceat: lex autem faciebat ut non liceret, vel e converso. Aliter vero explicat Bart. supra, n. 6, illam particulam *cum deficit lex*, quod, scilicet, per illam denotetur consuetudinem non debere esse reprobam per legem, quia si consuetudo non est contra legem, ibi clare deficit lex: si vero sit contra legem, oportet ut consuetudine lex vincatur, et sic deficiat ut possit consuetudo subsistere: nam si consuetudo facti sit contra legem, et illam non auferat, nunquam poterit jus aliquod introducere. Quæ doctrina vera est, et ingeniose cogi-

tata, non credo autem fuisse ab Isidoro intentam, sed in sensu simpliciori fuisse locutum, ut supra explicavi. Neque oportebat id specialiter in definitione explicare, quia per se clarum est non posse consuetudinem jus introducere contrarium præexistenti, nisi illud auferat, cum repugnet circa idem simul esse duo jura contraria.

6. Sed tunc urget tertia objectio, quia consuetudo derogans priori legi est vera consuetudo, et non est jus. Ad hoc vero respondeo primo, in his rebus moralibus sub habitu privationem intelligi, sicut peccatum definitur ab Aug., esse dictum vel factum, etc., sub quibus actibus intelliguntur omissiones eorum legi contraria: ita ergo cum consuetudo dicitur esse jus, ibi intelligitur vel revocatio juris. Nam lex revocans aliam vera lex est, licet oppositum non præcipiat. Ita ergo consuetudo revocans legem dicitur jus non scriptum, quia pro lege revocante suscipitur. Unde dicitur secundo, quod, sicut permissio ponitur inter effectus legis, et lex permittens vere lex censetur, quia, licet non præcipiat actum permissum, præcipit permissionem, ita consuetudo legi derogans jus inducit, non quidem præcipiens actum priori legi contrarium, sed permittens tantum. Consequenter autem præcipit permissionem, seu prohibet ne quis cogatur ad legem derogatam servandam, vel ne propter illam non observantiam puniri possit.

7. *Approbatio definitio Isidori initio propo-*  
*posita.*—Quartam objectionem posui propter aliquos qui reprehendunt definitionem Isidori ut diminutam, quia in ea deficit illa particula, *populi consensu*, vel, communi *consensu*, vel saltem particula, *populi*; ita quod non diceretur tantum moribus *institutum*, ut ait Isidorus, sed *moribus populi institutum*. Atque ita sentit Bart. in d. l. *De quibus*, in lectur., n. 6. Imo ibi etiam magis approbat aliam definitionem prolixiorum, per plures particulas explicantem conditiones ad consuetudinem requisitas. Alii etiam canonistæ dictam definitionem brevitatibus reprehendunt, et plures alias multiplicantes quas referre supervacaneum est, quia non habent utilitatem, et videri possunt in Host., in Sum., tit. de Consuet.; et Rocho ubi supra, et in ipso Bart., in d. Repet., n. 1, ubi priorem sententiam reprobatur, et in sola definitione Isidori persistit. Dico ergo nullam ex illis particulis esse necessariam, nec afferre claritatem, sed dubitationem. Nam si in definitione ponatur *populi consensus*, statim oritur quæstio cujus populi, et an, verbi gratia, capituli con-

sensus sufficiat, et idem est de similibus. Cum ergo dicitur *moribus institutum*, satis ibi includitur consensus, quia mores voluntarii sunt, ut supra dixi. Subintelligitur autem mores debere esse tales, qui ad jus introducendum sufficiant. Quas autem condiciones ad hoc habere debeant, vel quorum consensu niti debeant, non oportuit, nec debuit in definitione explicari; nec enim est necesse ut omnes causæ rei in definitione ponantur, sed tantum intrinseca ratio formalis ejus; reliqua vero in discursu materiæ explicanda sunt.

## CAPUT VIII.

## QUOTUPLEX SIT CONSUETUDO, ET AN FORUM ET STYLUM COMPREHENDAT.

1. Quoniam multiplex esse potest consuetudo, et non omnis instituto nostro deservit, quia solum tractamus de illa consuetudine quæ ad jus humanum pertineat, et possit illud introducere vel aliquo modo abrogare, ideo necesse est consuetudinis varietatem præ oculis ponere, ut postea de sola consuetudine quæ ad nos pertinet disputemus, et ita etiam fiet, ut definitio consuetudinis exactius declaratur et intelligatur. Præcipue autem tractabimus de consuetudinibus ut sunt quid facti: nam inde constabit quid juris ex eis possit consurgere: nam in hac materia cognitio juris maxime pendet ex cognitione facti, tanquam ex prima causa, et radice.

2. *Prima divisio consuetudinis in am quæ versatur circa res vel personas divisim, aut conjunctim, et illam quæ versatur circa facta hominum.*—Primo ergo distingui potest consuetudo in eam quæ versatur circa res vel personas, divisim, aut conjunctim, et illam quæ versatur circa facta hominum. Hanc enim divisionem tetigit lex 4, tit. 2, part. 3, exemplisque declaratur; nam consuetudo solvendi vel non solvendi decimas ex agro vel vinea versatur circa res, et illis quasi imponit onus; consuetudo vero solvendi vel non solvendi decimas personales, vel solvendi tributum personale, circa personam versatur: consuetudo vero jejuniandi vel orandi versatur tantum circa humanas actiones, ut constat. Dicunt ergo aliqui priores consuetudines, sive circa solas personas, vel solas res, sive circa utrasque simul versentur, ad præscriptionem pertinere, non ad legem, quia solum conferunt per se et immediate jus in re, vel ad rem, vel in personam, quod est facultas quædam moralis, non lex.